



Clauses sociales et environnementales et marchés publics en Europe.

Laurence Boy

► To cite this version:

Laurence Boy. Clauses sociales et environnementales et marchés publics en Europe.. Quelles réformes de droit économique pour le développement en Afrique?, Nov 2009, Bruxelles, Belgique. p. 132-152. hal-00722829

HAL Id: hal-00722829

<https://hal.science/hal-00722829>

Submitted on 4 Aug 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Clauses sociales et environnementales et marchés publics En Europe

Laurence Boy

Professeur à l'Université de Nice Sophia Antipolis
CREDECO/GREDEG UMR 6227 CNRS
16/01/10

L'importance quantitative et qualitative des marchés publics n'est plus à démontrer¹. Les retombées directes et indirectes sont particulièrement importantes aussi bien dans les pays en développement que les pays les moins avancés. Ils permettent le développement des infrastructures de base et soutiennent, comme dans les pays développés², les industries de pointe à haute technologie, dont la recherche-développement indispensable à l'innovation³. Dans tous les pays, notamment l'Afrique, de nombreux secteurs comme le bâtiment et les travaux publics sont particulièrement tributaires des marchés publics.

Cette importance quantitative et qualitative des marchés publics explique la valeur d'exemplarité que joue traditionnellement le fonctionnement des marchés publics⁴. Elle a été à l'origine de l'introduction d'une logique concurrentielle dans le droit des marchés publics en droit français⁵ et communautaire⁶. Elle l'est dans les pays en développement⁷. Aux dangers des marchés de gré à gré – pratiques abusives tant des acheteurs que des offreurs –, on a progressivement substitué la mise en concurrence des opérateurs. Ces marchés devaient devenir ainsi exemplaires du point de vue purement économique⁸. L'ouverture à la concurrence devait, en outre, renforcer l'exemplarité que doit revêtir le fonctionnement des marchés dans la mesure où il a toujours obéi à l'idée de gestion efficace dans l'utilisation des deniers publics⁹. Cette considération prend une importance toute particulière dans les pays africains dans lesquels est souvent dénoncée la corruption ainsi que l'incurie des administrations. La corruption se retrouve plus ou moins dans tous les pays. En Afrique, elle touche de nombreux domaines. Le secteur le plus touché est toutefois celui de l'Administration publique où elle s'exerce à tous les échelons. Elle est, par exemple, utilisée par les entreprises privées proches du pouvoir en place pour s'arroger la quasi-totalité des marchés publics, tuant dans l'œuf la transparence et l'équité nécessaires à la bonne gestion

¹ Les marchés publics représentent chaque année pour la seule Europe plus de mille milliards d'euros, soit environ 14% du PIB. Communication de la Commission européenne, *COM (1998) 143 final*.

² Ce rôle moteur se vérifie dans l'électronique, l'informatique ainsi que dans l'industrie civile et militaire et les industries aérospatiales.

³ D. Linotte et R. Romi, *Services publics et droit public économique*, 4^{ème} éd. Litec, 2001, n° 30.

⁴ P. Reis, *La concurrence et les marchés publics*, éd. Presses universitaires du Septentrion, 2001, p. 141 et s. ; Marchés publics et ordre concurrentiel, in *L'ordre concurrentiel, mélanges A., Pirovano*, éd. Frison-Roche, Paris, 2003, p. 145.

⁵ F. Riem, *Transparence et droit de la concurrence*, L'harmattan, 2003.

⁶ Directives du 4 juillet 2001, (COM) 274 final et directive du 31 mars 2004 (2004/18/CE).

⁷ Directive 04/2005 CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire de l'Afrique de l'ouest.

⁸ M. Glais et P. Laurent, *Traité d'économie de la concurrence*, PUF, Paris, 1983, p. 185.

⁹ Fl. Linditch, *Le droit des marchés publics*, 6^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2009 ; Nouveau jurisclasseur Contrats et marchés publics, Editions du Jurisclasseur, n° 36 ; Le nouveau code des marchés publics, utile contribution à la définition du périmètre administratif, *Revue Internationale de Droit Economique* 2001, p. 325.

des fonds publics¹⁰. C'est dire que, ainsi que cela a été souligné, il faut toujours un corrupteur (souvent les multinationales) et un corrompu¹¹. La transparence et la mise en concurrence ont précisément pour objet la lutte contre la corruption¹², y compris en France¹³, et la bonne utilisation des deniers publics. La réitération constante de pratiques anticoncurrentielles par les offreurs et de pratiques discriminatoires par les pouvoirs publics ont transformé certains secteurs d'activités des marchés publics en véritable « chasse gardée »¹⁴ de grands groupes que l'on peut qualifier de pouvoirs privés économiques¹⁵.

En droit interne, c'est plutôt la nécessité de répondre aux besoins propres de l'administration qui est à l'origine de l'introduction de la transparence dans le droit des marchés publics. Inversement, le droit communautaire des marchés publics est plutôt guidé par une logique concurrentielle¹⁶ laquelle explique l'irruption du droit de la concurrence dans un domaine jusque là préservé. A ces deux objectifs liés à l'exemplarité dans la passation des marchés publics s'est ajoutée récemment une préoccupation de développement durable¹⁷. L'importance économique des marchés publics avait conduit dans la logique concurrentielle initiale la plupart des acheteurs publics à ne se référer qu'à un seul critère d'attribution des marchés : celui du prix¹⁸ : il active la concurrence entre les concurrents potentiels ; il protège les deniers publics. Pourtant, celui-ci peut se révéler potentiellement favorable non seulement à un déclin de la qualité des achats publics mais encore à une remise en cause d'un fonctionnement véritablement concurrentiel des marchés. Il peut conduire les entreprises à faire des offres anormalement basses conduisant à l'élimination des plus faibles et à une concentration renforcée de l'offre renchérissant *in fine* le coût des achats¹⁹. Par ailleurs, très vite cette prééminence du prix a entraîné un moins-disant social²⁰.

Les réformes communautaire²¹ et française ont peu à peu remis en cause cette « dictature » du prix. Le nouveau Code des marchés publics français et le droit communautaire mettent désormais en avant au titre du mieux disant la référence à « l'offre

¹⁰ Transparency International.

¹¹ S.J. Kpundeh, Gouvernance et économie en Afrique, La corruption en Afrique, *IRIS. Maryland*, 2001, [<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CAFRAD>]

¹² C'était l'objectif de la loi Sapin du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JO* 30 janvier 1993, p. 1588.

¹³ Le titre de la loi est éloquent : Loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

¹⁴ P. Reis, op. cit., p. 21.

¹⁵ G. Farjat, *Droit économique*, Thémis, PUF 1982, p. 373.

¹⁶ M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence et droit des contrats, *JCP €* 1996, I, 537.; R. Romi, *L'Europe et la protection juridique de l'environnement*, PUF, 2004, 3^{ème} éd., coll. Environnement.

¹⁷ La prise en compte du développement durable entre bi et multilatéralisme : la question de l'agriculture, in *Le commerce international entre bi et multilatéralisme*, colloque international de l'AIDE, Paris 27 et 28 mars 2008, Larcier, 2009.

¹⁸ M. Guibal, Refonte du Code des marchés publics ; Le conflit saugrenu de la légalité et de l'opportunité, *Les Petites Affiches*, 19/11/1999, p. 4.

¹⁹ P. Reis, ouvrage précité, p. 143.

²⁰ L'arrêt *Rush portuguesa* est significatif de cette tendance (CJCE 27/3/1990, aff. C-113/89, *Rec. P.* 1439. Ouvriers portugais travaillant à des conditions ne respectant pas les *minima* sociaux français sur la construction d'une ligne TGV ; *JDI* 1991, p. 471, note M. C. Boutard-Labarde ; C. Bréchon-Moulènes, *Droit des marchés publics*, n° supplémentaire janvier 1996, p. 3.

²¹ Directive CE 2004/17CE du parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ; Directive 2004/18/ce du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (*JOUE* 30 avril 2004) ; S. Chavarochette, panorama des principaux apports des nouvelles directives marchés publics, *Contrats publics* mai 2004, n° 33, p. 46 et s..

économiquement la plus avantageuse »²² ouvrant ainsi la porte à d'autres critères que celui du prix, dès lors qu'ils sont économiques²³. Suivant les souhaits de la Cour de justice et du Parlement européen, la Commission devait adopter des directives mettant aussi au cœur des marchés publics la notion de mieux-disant entendu au sens d'offre économiquement la plus avantageuse, ce qui autorisait la prise en compte de critères supplémentaires. Dans la logique des textes communautaire²⁴, la promotion du mieux-disant n'a pas seulement pour objet l'acheteur public et de promouvoir certaines valeurs mais s'inscrit dans le droit fil du marché et de l'amélioration de son fonctionnement.

L'originalité du droit communautaire est d'avoir su ajouter aux préoccupations initiales fondées uniquement sur la construction du marché commun, puis du marché unique un certain nombre de valeurs non marchandes comme l'environnement, la santé, voire le social. Les limites de cette intégration tiennent notamment au fait qu'elle doit s'opérer *via* le marché, c'est-à-dire en donnant une valeur concurrentielle à ces valeurs. C'est ainsi que l'écolabel communautaire qui permet aux consommateurs d'identifier les biens les moins attentatoires à l'environnement est un signal du marché qui désigne un marché de niche au sein du marché général d'une catégorie de produits²⁵. Le paradoxe est que les valeurs non marchandes comme l'environnement n'y sont efficaces qu'à la condition d'être intégrées par le droit de la concurrence. Il semble que s'instaure une distinction entre l'ordre marchand *stricto sensu* et l'ordre concurrentiel²⁶. On retrouve ce paradoxe lorsque l'on étudie l'ordre concurrentiel et les droits sociaux fondamentaux²⁷. Les droits sociaux peuvent, eux aussi, être utilisés comme instruments au service du marché²⁸ et non seulement des travailleurs (le mieux-disant social) tandis que le marché peut aussi être un vecteur d'efficacité pour assurer la promotion des droits sociaux. Les lois sociales sont partiellement imputables à la concurrence que se livraient les entreprises à partir de 1841²⁹. Au final cependant, les valeurs environnementales³⁰ sociales et éthiques – non travail des enfants, liberté syndicale –, ne sont substantiellement respectées que lorsqu'elles se traduisent en données économiques. Dans cette optique, l'intégration du mieux disant environnemental et social dans l'offre économiquement la plus avantageuse en droit des marchés publics peut traduire éventuellement des avancées pour les valeurs non marchandes. Le droit communautaire pourrait être théoriquement³¹ un exemple pour d'autres pays en train de se doter d'un droit

²² Décret du 7/3/2001 portant réforme du Code des marchés publics, *JO* 8/3/2001, p. 37001, F. Llorens, P. Soler-Couteaux et al., *Le nouveau Code des marchés publics*, *JCL Contrats et marchés publics*, n° spécial, p. 1 et s..

²³ Sur la distinction entre l'économie et le marché : M. Henochsberg, *La place du marché*, Essai, Denoël, 2001, p. 59. « L'économie déborde toujours le marché ».

²⁴ O. Debarge, O. Rabaey, *La Constitution économique de l'Union européenne*, Bruxelles Bruylant, 2008.

²⁵ Règlement modifié par le règlement ; L. Boy, L'écolabel communautaire, un exemple de droit post-moderne, *RIDE* 1996, n° 1, p. 69; Les programmes d'étiquetage écologique en Europe, *RIDE* 2007, n° 1, p. 5.

²⁶ B. Edelman, Valeurs non marchandes et ordre concurrentiel in *L'ordre concurrentiel*, *Mélanges Pirovano*, op.cit., p. 353, M. Honechsberg, op.cit., p. 60.

²⁷ M. A. Moreau, in *L'ordre concurrentiel*, *Mélanges Pirovano*, op.cit., p. 385.

²⁸ E. Dockès : « On rêvait d'Europe sociale. On en vient à rêver que l'Europe cesse de porter atteinte aux droits sociaux résiduels encore présents dans certains États membres », *L'Europe antisociale*, *Revue de droit du travail* 2009 p. 145.

²⁹ L. François, *Introduction au droit social*, Faculté de droit de Liège, 1974, p. 30. L'auteur estime que la concurrence n'a pas été le seul responsable de l'apparition du droit social. Il faut compter, bien sûr, avec le souci de maximiser le taux de profit des entreprises.

³⁰ G. J. Martin, L'ordre concurrentiel et la protection de l'environnement, in *L'ordre concurrentiel*, *Mélanges Pirovano*, op.cit., p. 471. Même si l'inventaire est un peu maigre, l'ordre concurrentiel témoigne d'une certaine prise en compte de la protection de l'environnement (principe de précaution, consultation et participation des citoyens, etc.).

³¹ La jurisprudence de la CJCE semble très réticente à de telles avancées.

des marchés publics, comme ceux de l'Union économique et monétaire de l'Afrique de l'Ouest ou de l'Afrique centrale.

A y regarder de près pourtant, on perçoit la relative difficulté pour le droit des marchés publics à prendre en compte aujourd'hui ces valeurs. A côté de l'obstacle tenant à la difficulté d'attribuer une valeur « concurrentielle » à ces dernières, le droit positif se heurte à l'analyse traditionnelle et formelle de l'objet des marchés publics³², spécialement en ce qui concerne le droit social. Il semble pourtant qu'un espoir se dessine avec l'apparition récente de la notion de contrat global. En effet, une analyse substantielle des marchés publics en tant que contrats d'Etat, voire de contrats de développement, devrait permettre une véritable prise en compte du mieux-disant environnemental et social dans les marchés publics.

I. La timide prise en compte du mieux-disant environnemental par l'objet formel des marchés publics.

Les directives communautaires de 2004 permettent désormais d'intégrer en principe des considérations environnementales dans les marchés publics. Elles font suite à un long débat qui a commencé en 1996 par le Livre vert de la Commission sur l'avenir des marchés publics en Europe. Elles ne semblent cependant pas avoir fait cesser toute controverse comme en témoignent les discussions doctrinales qui ont suivi la réforme française du droit des marchés publics.

A. Les débats.

- C'est la communication interprétative sur le droit communautaire applicable aux marchés publics qui a permis d'intégrer les préoccupations environnementales dans les marchés publics³³. Pour la première fois, l'environnement pouvait être pris en compte et ce, à chaque stade de la procédure de passation des marchés : accès au marché et condition d'attribution du marché. La portée juridique de ce texte demeurerait cependant sujette à discussion. Les communications indiquent généralement la politique qu'envisage de suivre la Commission mais elles n'ont pas de valeur juridique en elles-mêmes³⁴. On peut faire valoir cependant que le juge communautaire a, à plusieurs reprises postérieurement à cette communication, donné un fondement juridique au mieux-disant environnemental. L'arrêt *Concordia* affirmait déjà que les critères de l'offre économiquement la plus avantageuse pour le pouvoir adjudicateur n'avaient pas nécessairement à être de nature « purement économique »³⁵. Avec cette décision, on estime que l'acheteur public peut fixer non seulement des critères de sélection mais y ajouter des conditions d'exécution. Il pourrait ainsi exiger une source d'énergie renouvelable³⁶ pour des bâtiments publics, des normes d'efficacité énergétique ou encore des mesures de protection des nappes phréatiques³⁷. L'avantage de cette solution était évident : elle permettait à l'acheteur public en procédure restreinte, de limiter le nombre de candidatures reçues en nombre supérieur au nombre indiqué dans l'avis. Elle fixait aussi les obligations précontractuelles et contractuelles du

³² Sur l'analyse substantielle, G. Farjat, L'importance d'une analyse substantielle en droit économique, *RIDE* 1996, n° 0, p. 9 p. ; J.B. Racine et F. Siirainen, Retour sur l'analyse substantielle, *RIDE* 2007, n° 3, p. 259.

³³ COM (2001) 274 final.

³⁴ M. C. Bergères, Nouveau droit des marchés publics – Protéger l'environnement grâce aux achats écologiques, *MTPB* 1^{er} février 2002, p. 174 et 175.

³⁵ CJCE 17 septembre 2002, *AJDA* 2003, p.433, note D. Blaise ; *JCP A* 21 oct. 2002, n° 2, note B. Geneste. 24 CJCE4 déc. 2003, *AJDA* 2004, p. 334, note T. Gliozzo.

³⁷ P. M. Lavoillotte, L'environnement dans le nouveau Code des marchés publics, L'affirmation du contrat au service de l'environnement, *AJDA* 8 nov. 2008, p. 2081.

candidat et permettait, en cas de non respect, de mettre en œuvre aisément sa responsabilité contractuelle (faux renseignements, présentation de documents inexacts³⁸).

Cette avancée en faveur du mieux-disant environnementale a cependant été stoppée par le Conseil européen en 2003 et la question se pose de savoir si la réforme française du Code des marchés publics est susceptible de remettre en cause la vision étroite de l'objet des marchés publics faite par le droit communautaire.

Le coup d'arrêt semblait sans équivoque puisqu'il faisait suite à une opposition tranchée entre le Parlement et le conseil. Malgré les souhaits du Parlement, le Conseil a précisé que l'introduction du critère environnemental n'était possible que s'il était directement justifié par l'objet du marché (souligné par nous). L'idée est que seul un lien avec l'objet principal du contrat peut être utilisé de façon efficace, objective et non discriminatoire. L'environnement demeure donc subordonné au marché. La prise en compte de l'environnement dans les achats publics ne doit pas enfreindre les règles du marché intérieur ainsi que l'ensemble des principes communautaires et internationaux qu'ils soient relatifs au commerce, à la concurrence ou à la libre circulation des marchandises³⁹. La directive de 2004 est donc conforme aussi au droit de l'Organisation Mondiale du Commerce. En effet, l'Accord sur les marchés Publics (AMP) de l'OMC constitue le principal instrument plurilatéral garantissant aux entreprises étrangères l'accès aux marchés européens et aux entreprises européennes l'accès aux marchés étrangers. Alors que la plupart des instruments de l'OMC sont des accords multilatéraux ratifiés par tous les membres, l'AMP constitue un accord plurilatéral du fait que tous les membres n'y participent pas. C'est ainsi que si la Chine en fait partie, les pays africains et l'Inde ne l'ont pas ratifié. Conforme à la stricte logique mercantiliste de l'OMC, l'AMP ne contient aucune disposition permettant la prise en compte de préoccupations non marchandes. Les règles sont celles de la transparence et de la non discrimination qui ne favorisent pas des considérations autres que purement économiques dans les conditions d'accès aux marchés publics. Même si la déclaration de Doha, dans le prolongement de la notion de traitement différencié de l'OMC, prévoit la prise en compte des intérêts des pays en développement, ce ne peut être que sur la base de considérations économiques⁴⁰. Il semble difficile dans ces conditions et, même si l'AMP était ratifié par les pays en développement, d'introduire, par exemple des critères qui permettraient soit la prise en compte des travailleurs locaux soit la préservation d'un certain environnement, du moins dans les conditions des appels d'offres.

- La résistance française.

Le nouveau Code français des marchés publics permet, au contraire, d'intégrer la contrainte environnementale dans la passation des marchés publics. Le texte a été salué par la doctrine qui a notamment relevé que « les acheteurs publics ont désormais la possibilité d'orienter leur décision vers des produits et services protégeant mieux l'environnement en stipulant des critères environnementaux dans leur offre » (souligné par nous)⁴¹. Le décret du 7 janvier 2004⁴² et l'arrêté du 26 février 2004⁴³ autorisent donc les acheteurs à examiner les

³⁸ Art. 47 du Code des marchés publics.

³⁹ *La performance environnementale des marchés publics : vers des politiques cohérentes*, Publications de l'OCDE, novembre 2003.

⁴⁰ « Les négociations seront limitées aux aspects relatifs à la transparence et ne restreindront donc pas la possibilité pour les pays d'accorder des préférences aux fournisseurs et fournisseurs nationaux. Nous nous engageons à faire en sorte qu'une assistance technique et un soutien pour le renforcement des capacités adéquats soient fournis à la fois pendant les négociations et après leur conclusion ».

⁴¹ P. M. Lavoillotte, op. cit., p. 2082.

⁴² Décret n° 2004-15, JO 8 janvier 2004.

savoir-faire des candidats en matière de protection de l'environnement au travers de l'appréciation de leurs capacités techniques. Sachant que chaque année les marchés publics portent sur des produits et des services de plusieurs milliards d'euros, on comprend que ces textes peuvent contribuer sensiblement à une amélioration environnementale des produits et services. On sait que parmi les instruments juridiques susceptibles de contribuer à la préservation de l'environnement, les pouvoirs publics recourent de plus en plus souvent, à côté de la police administrative, à l'un des piliers du droit : l'outil contractuel⁴⁴. Ce dernier a le mérite sur la contrainte publique d'être mieux accepté par les agents économiques et de contribuer ainsi à une meilleure effectivité du droit de l'environnement. Le droit français des marchés publics recourt ici à la technique contractuelle pour responsabiliser à la fois l'acheteur public et les entreprises et les sensibiliser aux impératifs environnementaux des modes de production et du fonctionnement des pouvoirs publics. Il permet d'intégrer aux exigences de l'intérêt général, guide de l'administration, la protection de l'environnement et cela, dès le stade de l'appel d'offres du marché public. Les défenseurs de l'environnement peuvent-ils se féliciter de cette avancée ? Une lecture formelle de l'objet du marché public permet, hélas, d'en douter.

B. La réalité des avancées.

Les textes communautaires et surtout la réforme française permettent *a priori* aux administrations adjudicatrices désireuses d'avoir un comportement durable d'imposer à leurs cocontractants des exigences environnementales afin d'obtenir les marchés publics. Cette vision des choses est contredite par une lecture formelle, voire formaliste, de l'objet du marché public.

- Une lecture formelle de l'objet des marchés publics.

La loi française n'envisage certes qu'une opportunité pour les collectivités. Elles peuvent recourir à des critères environnementaux additionnels pour préciser leur appel d'offres mais la loi n'impose aucunement aux pouvoirs publics d'avoir une attitude « durable ». On peut penser cependant que nombreuses seront les collectivités locales à y recourir cependant, tant ces préoccupations deviennent importantes pour les populations⁴⁵. Ce que regrettent de nombreux auteurs c'est l'interprétation que l'on devrait faire des textes communautaires et donc français du lien nécessaire entre les critères environnementaux et l'objet principal du contrat⁴⁶. Selon ces derniers, le doute n'est plus permis depuis un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 3 décembre 2003⁴⁷. En l'espèce, s'agissant d'un critère relatif dans l'appel à l'utilisation d'énergie renouvelable pour la fourniture d'électricité, la Cour, après avoir rappelée au point 66 que les critères écologiques retenus par le pouvoir adjudicateur en tant que critères d'attribution afin de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse doivent, notamment, être liés à l'objet du marché, estime que la consommation annuelle prévisible d'énergie à partir des sources renouvelables « ne saurait être considérée comme liée à l'objet du marché ». Le critère environnemental retenu ne correspondait pas à l'énergie à fournir au pouvoir adjudicateur directement lui-

⁴³ JO 11 mars 2004, p. 4785, E. Delacour, Marchés publics, passation, *Contrats MP* avril 2004, p. 13.

⁴⁴ M. P. Lavoillote, *Les contrats privés d'élimination des déchets*, PUAM, 2002 ; J.P. Gaudin, *Gouverner par le contrat : l'action publique en question*, Les Presses de sciences Po, 1999). Dans le domaine de l'agriculture, on connaît les contrats agro-environnementaux : I. Doussan,

⁴⁵ En dehors du seul vote « écologique ».

⁴⁶ Selon l'accord intervenu entre le Parlement et le Conseil, « les seuls critères retenus sont ceux qui, en raison de leur lien avec l'objet principal du contrat, peuvent être utilisés de manière efficace et objective ».

⁴⁷ février 2004, p. 334, note Th. Glizzio.

même mais à des quantités que les soumissionnaires devaient fournir à des clients autres que le pouvoir adjudicateur (point 67), à savoir des consommateurs finals⁴⁸. Avec la réforme du Code français des marchés, la doctrine se divise entre pessimisme et optimisme. Selon certains, « devant un tel activisme des autorités communautaires et françaises, le Conseil d'Etat ne pourra que céder dans son refus de principe de tout critère additionnel »⁴⁹. La notion de critères garantissant l'objectivité de l'intégralité de la procédure devrait inciter les administrations adjudicatrices à être particulièrement vigilantes⁵⁰. La hiérarchisation ou la pondération des critères issue de la jurisprudence communautaire conduirait, elle, les acheteurs publics à prendre des précautions afin d'éviter tout risque contentieux lié à la mise en concurrence ou au délit de favoritisme⁵¹.

L'analyse de l'objet du marché mérite que l'on s'y attarde quelque peu. En effet, la doctrine s'attache généralement à l'objet des obligations nées du contrat, rarement à l'objet du contrat. L'objet de l'obligation est, dit-on, la réponse à la question de savoir « à quoi se sont engagées les parties ? »⁵². Selon le Code des marchés publics, les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services⁵³.

S'attachant à une vision étroite de l'objet, entendu au sens où l'avantage économique procuré par la prestation de l'opérateur doit nécessairement profiter directement au pouvoir adjudicateur, on risque non seulement de vider de son contenu la référence autorisée par les textes à des critères environnementaux mais encore de dénaturer la notion de « besoins » du pouvoir adjudicateur. C'est pourtant en ce sens que s'est prononcée la Commission européenne. Dans son Livre vert du 27 novembre 1996, par exemple, elle estimait déjà que les éléments environnementaux pouvaient servir à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse dans le cas où la référence à ces éléments implique un avantage économique, propre à la prestation (souligné par nous), au bénéfice direct de l'acheteur comme la prise en compte du traitement des déchets produits par le bien acheté ou du coût du recyclage de ce bien en fin de vie⁵⁴. Dans cette interprétation qui s'attache, en réalité, à l'objet de la prestation, tout critère environnemental et *a fortiori* social risque d'être condamné dans la mesure où il ne bénéficie pas nécessairement au pouvoir adjudicateur mais plutôt à d'autres personnes et intérêts⁵⁵, par exemple l'environnement en général ou des chômeurs ou des personnes en insertion⁵⁶. Il y a là une confusion entre l'objet de l'obligation et l'objet du contrat. Il convient, en effet, de distinguer l'objet du contrat, qui est l'opération juridique poursuivie par les parties, de l'objet des obligations contractées, qui n'est autre que la prestation promise⁵⁷. Par contrat, il faut entendre l'opération juridique projetée par les parties qui s'analyse en une création d'obligations. Il est plus large que l'objet des obligations et permet notamment de classer les contrats. S'agissant des marchés publics, il faut d'emblée les

⁴⁸ Cette analyse nous semble très contestable car l'adjudicateur est au service des utilisateurs finals.

⁴⁹ Th. Glizzio, op. cit., p. 336.

⁵⁰ P. M. Lavoillote, op. cit., p. 2084.

⁵¹ Fl. Linditch, Délit de favoritisme : le nouveau Code des marchés publics ne sera pas une loi d'amnistie, *JCP* 2004. II. 10084.

⁵² Marty et Raynaud, *Les obligations*, Sirey, n° 164.

⁵³ Annexe au Décret 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant codes des Marchés publics. On comprend que la difficulté réside dans l'interprétation de « leurs » besoins.

⁵⁴ *COM* (1996) 583 final.

⁵⁵ G. Farjat, Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts, *RTDCiv.* 2002, p. 201.

⁵⁶ P. Reis, op. cit., p. 159.

⁵⁷ H. et L. Mazeaud, T.I, n° 231 et s..

analyser comme des contrats économiques⁵⁸. Ce sont des contrats qui traduisent les relations spécifiques qui s'établissent entre les différents agents économiques et qui se distinguent des relations strictement patrimoniales traditionnelles en ce sens qu'ils visent à la concentration du capital⁵⁹ ou à l'organisation de l'économie par les pouvoirs publics et privés. En outre, la solution dégagée par la Commission semble ignorer la notion de personne morale et le fait que cette dernière ne saurait avoir de besoins physiques réels pour elle. Qu'elle soit fondative ou corporative⁶⁰, la personne morale est organisée dans un but : être au service de la volonté de son fondateur initial ou au service des individus qui la constituent. S'agissant des personnes morales de droit public, les besoins matériels qu'ont lui attribue ne sont jamais les siens propres, mais ceux des usagers. L'analyse de la Commission néglige cette analyse comme celle de l'objet des contrats économiques.

- L'objet des contrats économiques.

L'objet des contrats économiques combine analyse formelle et analyse substantielle et nécessite une analyse à « double détente »⁶¹. Les contrats économiques ont d'abord un objet « classique » consistant principalement pour les parties à donner, faire ou ne pas faire quelque chose, qui relève classiquement de l'échange ou de la production. Cet objet premier n'est que l'objet des obligations et n'a pas de sens en lui-même (faire telle ou telle prestation juridique généralement, une obligation de faire : construire une école, entretenir une route). Le contrat n'acquiert véritablement son sens qu'à travers l'objet final du contrat lui-même qui est un objet proprement économique, distinct de l'opération de production ou d'échange : à savoir, ici, l'organisation des prestations du pouvoir adjudicateur en faveur de ses administrés. L'objet du marché public est l'organisation par le pouvoir adjudicataire et son cocontractant de la gestion des intérêts dont il a la charge. Il est intéressant à cet égard de relever que le Code des marchés publics, à la différence de la jurisprudence évoquée, précise que par besoins du pouvoir adjudicateur, on entend non seulement les besoins liés à son fonctionnement propre (ex : les achats de fournitures de bureaux, d'ordinateurs pour ses agents, de prestations d'assurance pour ses locaux, etc.), mais également tout le champ des besoins liés à son activité d'intérêt général et qui le conduisent à fournir des prestations à des tiers (ex : marchés de transports scolaires). Il est clair qu'avec cette définition de l'objet du contrat de marché public, qui correspond, nous l'avons vue à celle des besoins de l'adjudicateur public, il devient plus aisé d'admettre la légitimité et la légalité des critères environnementaux dans les critères de l'appel à la concurrence. En effet, les consommateurs et les usagers attendent des prestations qui ne sont plus indifférenciées du point de vue de l'environnement et cette différenciation est de plus en plus rendue objective – on pense aux écolabels⁶² –, ici par référence à l'article 5 du CMP. Les prestations devraient pouvoir désormais inclure de façon « efficace et objective » les préoccupations environnementales. Ce texte dispose, en effet, que « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminés avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence, en prenant en compte des objectifs de développement durable ».

⁵⁸ L. Boy, Les « utilités » du contrat, *Les Petites Affiches*, 1997, n° 109, p. 4 ; G.J. Martin, *Droit économique*, cours inédit, Nice.

⁵⁹ Dans la fusion, par exemple, l'objet « concentrationniste » se superpose à la simple cession de titres.

⁶⁰ M. Hauriou, Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté, Caen : *Centre de philosophie politique et juridique*, 1986, P. Fac-sim. de l'éd. de, Paris : Bloud et Gay, 1933 ; L. Constans, *le dualisme de la notion de personne administrative en droit français*, LGDJ 1969.

⁶¹ L'expression est de Gilles J. Martin.

⁶² *Supra*.

Il n'existe, selon nous, aucun risque de discrimination dès lors que les critères sont publics, préalables et relativement généraux de sorte que plusieurs entreprises (au moins deux) puissent théoriquement concourir⁶³. Il peut certes exister des difficultés pour les pouvoirs publics de connaître les différents signes et spécifications garantissant une protection de l'environnement. Il existe cependant différents labels comme les labels communautaire (Ecolabel)⁶⁴ ou français (NF) qui permettent une reconnaissance, si ce n'est officielle, du moins objective des produits les plus respectueux de l'environnement.

Si le principe d'égalité de traitement constitue la base des directives relatives aux procédures de passation des marchés, cela signifie que les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité tant au moment où ils s'apprêtent à répondre aux offres qu'au moment où le pouvoir adjudicataire les apprécie. Rien ne s'oppose, au contraire, à mettre en place des critères sélectifs. Pour être conformes au droit communautaire, il suffit que ces derniers soient objectifs, non discriminatoires et permettent l'exercice d'un contrôle effectif. Exiger que les critères soient en liaison avec l'objet non du contrat au sens substantiel du terme, mais des obligations revient à interdire pratiquement tout critère environnemental, encore plus, tout critère social. Ce n'est sans doute pas ce que souhaitent les législateurs au moment où est encouragée la responsabilité sociétale des entreprises, spécialement en droit communautaire⁶⁵ et où les pouvoirs publics développent les contrats publics globaux. Le recours à ces derniers devrait permettre non seulement une meilleure prise en compte de l'environnement mais de la dimension sociale des marchés publics.

II. La possible prise en considération du mieux-disant environnemental et social par l'objet substantiel des contrats publics globaux.

Compte tenu de l'interprétation des textes communautaires, l'exigence d'un critère environnemental, mais surtout social, pose de sérieuses difficultés en droit interne et communautaire. Cela tient, on l'a vu, à l'exigence d'un lien entre les critères et l'objet des obligations du contrat. Cette exigence, du moins l'interprétation qui en est faite tant par la Cour de justice⁶⁶ que par le Conseil d'Etat⁶⁷, est particulièrement inadaptée à la prise en compte du critère social d'attribution des marchés. Afin de contourner cette jurisprudence hostile au mieux-disant social, l'article 58 de la loi du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, dite loi Borloo, redonne vie au critère social en tant que critère d'attribution d'un marché public. La doctrine se demande cependant si, compte tenu de la fameuse condition liée à l'objet du marché, cette réforme n'est pas mort-née⁶⁸.

⁶³ Le propre de tout critère est de permettre une sélectivité même si celle-ci doit reposer sur des éléments objectifs.

⁶⁴ L. Boy, L'information volontaire du consommateur, le label vert communautaire, in N. Boucquey, *Le droit européen des consommateurs et la gestion des déchets*, Centre de droit de la consommation, CDC 39, 2002, p. 99.

⁶⁵ F-G Trébulle, Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression

Considérations à partir de l'arrêt *Nike v/ Kask*, *Revue des sociétés* 2004 p. 261 ; La RSE est-elle efficace pour influencer le comportement des entreprises ? Comment mettre en œuvre une démarche de RSE ? Comment se former à ces nouveaux métiers ? Tour d'horizon, *Alternatives économiques*, Dossiers, avril 2009.

⁶⁶ Commission c/France 26 sept. 2000, *aff. C-225/98*, *Rec. P. I-7445*, concl. S. Alber, *AJDA* 2000, p. 1055, note C. Lambert ; *Journal des tribunaux/Droit européen* udéc.2000n°74, p. 245, note P. Lefèvre.

⁶⁷ CE 10 mai 1966, Fédération nationale des travaux publics et Fédération nationale du bâtiment, *Lebon*, p. 164 ; *AJDA* 1997, p. 196, note S. Maljean-Dubois.

⁶⁸ H. Pongérard-Payet, Le critère social exprès d'attribution : un cadeau en trompe-l'œil fait aux élus, *AJDA* mars 2006, p. 635.

Il convient à cet égard de revenir sur la notion d'objet du contrat s'agissant de contrats économiques et, plus exactement, de contrats de développement. La réflexion s'impose d'autant plus que le mouvement en faveur des partenariats public privé (PPP) « apparaît aujourd'hui comme une lame de fond du droit des contrats publics à l'échelle mondiale »⁶⁹.

A. les marchés publics globaux, des contrats de souveraineté d'un type particulier⁷⁰.

- Le recours aux Partenariats Public Privé (PPP).

Nés aux Etats-Unis, les PPP se sont développés en Grande Bretagne puis dans la plupart des pays occidentaux et africains⁷¹. La Commission européenne a adopté en 2004 un Livre vert sur les PPP et une communication en 2005⁷². La France⁷³ et plusieurs pays d'Afrique⁷⁴ ont développé des législations sur les PPP dans des secteurs comme l'eau, les transports, les infrastructures. Les formules visées sont variées mais se répartissent entre deux grands modèles : certaines formules sont de type concessif avec une rémunération basée essentiellement sur les usagers, d'autres sont, en fait, des marchés publics globaux avec financement par la personne publique. En Afrique, le concept de partenariat, même s'il traduit l'idée d'une plus grande association des personnes privées à la définition et à la réalisation de projets publics, ne saurait se ramener à un mouvement de privatisation lequel a montré ses limites avec l'échec relatif des programmes de la Banque Mondiale dans les années 1990. Comme on l'a observé, il s'agit plutôt, « à travers ce cadre juridique, pour les pouvoirs publics de maintenir une certaine maîtrise de l'opération »⁷⁵. Nombreux sont ceux qui adoptent une conception du partenariat proche de celle de l'Ordonnance française du 17 juin 2004⁷⁶ dont on sait qu'elle consacre la notion de marché public global avec financement par la personne publique et avec mise en concurrence (article 25 de l'ordonnance).

Le contrat de partenariat est très large. Il permet à une collectivité publique de confier à une entreprise la mission globale de financer, concevoir tout ou partie, construire, maintenir et gérer des ouvrages ou des équipements publics et services concourant aux missions de service public de l'administration dans un cadre de longue durée et contre un paiement effectué par la personne publique et étalée dans le temps. Ce type de contrat global présente toutes les caractéristiques des contrats économiques, notamment des contrats de souveraineté. L'avantage d'une telle analyse est de permettre une mise en œuvre plus aisée des critères environnementaux⁷⁷ et sociaux⁷⁸ dans la définition des appels d'offres. Ces contrats de

⁶⁹ F. Lichère et B. Martor, Essor des partenariats public privé en Afrique : Réformes en cours et perspectives d'avenir, *Revue de Droit des Affaires Internationales (RDAI)* 2007, n°3, p. 297.

⁷⁰ Ces développements doivent beaucoup aux réflexions de M. Salah lors du colloque de l'INEADEC à Bruxelles les 12 et 13 novembre 2009.

⁷¹ G. Bakandjea, Les marchés publics en Afrique, Colloque international, INEADEC, Bruxelles 12 et 13 novembre 2009, *supra* p. [Il faudra mettre la page de l'ouvrage.](#)

⁷² [http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/ppp_fr.htm]

⁷³ Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 et loi n°2008-735 du 28 juillet 2008.

⁷⁴ Mozambique, le Nigéria, l'Afrique du Sud, Algérie, Cameroun, Guinée, Maroc et Sénégal.

⁷⁵ F. Lichère et B. Martor, *op.cit.*, p. 298.

⁷⁶ Ordonnance 2004-5559 du 17 juin 2004.

⁷⁷ Le 1er juillet, le Sénat a adopté le premier texte issu du Grenelle de l'environnement, et en particulier deux amendements importants pour le secteur du BTP. D'une part, les collectivités qui se lancent dans la rénovation de bâtiments en matière d'économie d'énergie devraient obtenir des prêts à des taux privilégiés. D'autre part, les projets d'aménagement devront prendre en compte le potentiel du site en énergies renouvelables. Un nouvel article serait inséré dans le Code de l'urbanisme : « Art. L. 128-4. - Toute action ou opération d'aménagement telle que définie à l'article L. 300-1 et faisant l'objet d'une étude d'impact doit faire l'objet d'une étude de faisabilité sur le potentiel de développement en énergies renouvelables de la zone, en particulier sur l'opportunité

souveraineté conclus entre des personnes publiques et des entreprises, souvent très puissantes⁷⁹, reposent sur une certaine souplesse et l'idée d'emprise sur la durée. Dans de nombreuses hypothèses, face à des groupes diversifiés et leaders, il peut être intéressant pour le pouvoir adjudicataire de n'avoir qu'un seul partenaire. La logique d'ensemble pousse à regrouper l'ensemble des missions au sein d'un seul et unique contrat, le PPP. Les contrats, lorsqu'ils réalisent des contrats de marchés publics demeurent soumis à une nécessaire mise en concurrence. Cette dernière est d'autant plus nécessaire que les dangers de ces contrats sont grands⁸⁰.

- Les caractères généraux des PPP, contrats d'Etat.

Qu'il s'agisse de contrats de droit interne ou de contrats internationaux, certaines caractéristiques se dégagent, même si on ne les retrouve pas toujours toutes dans tous les contrats. On y trouve généralement des dispositions introduisant des avantages parfois considérables pour le partenaire privé, visant notamment à sécuriser les investissements, spécialement dans les contrats entre entreprises privées et états en développement⁸¹. Généralement le partenaire dispose d'un droit à obtenir les autorisations qu'il est raisonnablement possible d'attendre des autorités publiques. Ainsi en France, l'article 15 de la loi du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés permet de conférer la qualité d'expropriant pour cause d'utilité publique aux titulaires de contrats de partenariat. Il dispose que le cocontractant de la personne publique « peut être chargé d'acquérir les biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par voie d'expropriation ». Ce dispositif facultatif est ouvert tant à l'Etat qu'aux collectivités territoriales et suppose au préalable « une décision de l'Etat » ou « de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ». Malgré cette autorisation, ils ne sont pas toujours sans danger.

- Les dangers des PPP dans le cas des pays en développement.

Les contrats de souveraineté sont souvent des contrats qui auraient sans doute été analysés dans le cadre de ce que l'on a appelé le droit du développement il y a quelques années et qui mériterait sans doute d'être réactivé aujourd'hui⁸². Il s'agit ainsi par ces

de la création ou du raccordement à un réseau de chaleur ou de froid ayant recours aux énergies renouvelables et de récupération ».

⁷⁸ C. Bréchon Moulènes, Le marché public au service de l'emploi ?, *MTP* 17 juin 1994, p. 58.

⁷⁹ P. Reis, op. cit., p. 169 et s..

⁸⁰ Les PPP ouvrent la voie, par le jeu des techniques de déconsolidation, au "hors bilan" en comptabilité publique. En termes de bonne gestion budgétaire et de politique économique, ce choix relève de l'ineptie. Lorsque le secteur privé a recourt à l'emprunt en lieu et place du secteur public, le coût final de l'opération est toujours plus important. Deux raisons expliquent ce résultat. D'une part, l'Etat, comme les collectivités, publiques bénéficie d'un taux d'intérêt toujours inférieur à celui appliqué aux entreprises. D'autre part, le secteur privé est prêt à faire payer au prix fort sa participation à l'amélioration de la croissance en lieu et place de la collectivité publique en s'octroyant des marges bénéficiaires substantielles sur chaque projet.

⁸¹ Sur l'analyse économique des risques dans les contrats administratifs, Th. Kirat (dir.), *Economie et droit du contrat administratif*, La documentation française, 2005.

⁸² J. Touscoz et alii, *Les Contrats internationaux de coopération industrielle et le nouvel ordre économique international* (Collection Travaux et recherches de l'Institut du droit de la paix et du développement de l'Université de Nice), PUF, 1980 ; P. Reuter, *Le développement de l'ordre juridique international*, coll. Droit international, Economica, 1995 ; R. Charvin, *L'investissement international et le droit du développement*, L'Harmattan, 2003. Depuis certains travaux (Stiglitz, *Quand le capitalisme perd la tête*, Fayard, 2005 ; *Un autre*

dispositions exorbitantes de faciliter la conduite de ces opérations en permettant au partenaire privé de conduire jusqu'aux expropriations nécessaires pour le compte de la personne publique. De la sorte, le titulaire du contrat maîtrise mieux les risques administratifs liés à la durée des procédures administratives et donc le délai de mise en service du projet. Dans les pays en développement sont prévus généralement de nombreux avantages fiscaux au profit du partenaire privé, des clauses de stabilisation et des clauses compromissaires. Les clauses de stabilisation permettent de geler pendant un certain temps le droit fiscal ou le droit du travail. Le plus souvent, est prévu un recours à l'arbitrage en cas de différend alors que la tradition enseigne de l'Etat souverain ne saurait compromettre⁸³. Il est fréquent, en outre, que l'Etat s'engage à ne pas exproprier et à garantir la possibilité d'hypothèques ou de nantissements sur la plupart des biens objets du partenariat, contrairement à l'idée d'inaliénabilité des biens publics. Ces clauses contractuelles ne doivent pas être analysées indépendamment les unes des autres mais comme formant un ensemble dans lequel, moyennant certains avantages pour les populations, l'Etat ou une collectivité publique s'engage à se plier à certaines règles régissant traditionnellement des relations de strict droit privé. On trouve aussi, ce qui est plutôt caractéristique des contrats administratifs en droit français, des clauses d'adaptation aux changements économiques ainsi que des clauses de renégociation. La rigidité de la conception civiliste de la théorie de l'imprévision apparaît totalement inadaptée à ces contrats économiques de longue durée. Il est intéressant d'observer que le régime « mixte » de ces contrats globaux de marchés publics obéit dans son ensemble aux règles générales dégagées par la doctrine à propos des contrats économiques, notamment en ce qui concerne l'effet obligatoire de ces derniers. En raison de leur objet – l'organisation de l'économie –, ils sont conclus pour une durée assez longue et contiennent des clauses visant à adapter et à réviser le contrat en cas de changement des conditions économiques. La réalité économique ne saurait se laisser enfermée dans un carcan immuable. C'est que ce type de contrat tire essentiellement sa force obligatoire non d'une crainte de la sanction étatique – le plus souvent est prévu le recours à l'arbitrage en cas de différend – mais de la réciprocité et de l'imbrication des intérêts ou, ici, du déséquilibre contractuel lié à la nécessité du développement⁸⁴.

Les marchés publics globaux, sous la forme des PPP notamment⁸⁵, sont conclus pour une période longue, généralement entre 20 et 30 ans, déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou de celle des modalités de financement retenues. Ils présentent des modalités de rémunération originales puisque ces dernières peuvent être étalées sur la durée du contrat, être liées à des objectifs de performances ou de disponibilité du bien/service ou intégrer des recettes annexes. En ne liant pas la rémunération du partenaire privé aux recettes d'exploitation du bien mais à la performance ou à la disponibilité de l'équipement, le Contrat de Partenariat⁸⁶ repose sur une notion de qualité de service ou de performance. Ces contrats se rapprochent donc dans cette hypothèse plus des marchés publics que des concessions. Outre l'avantage lié à la prévisibilité financière pour l'entreprise

monde, Contre le fanatisme du marché, Fayard, 2006), le « tout libéral » et les plans de réajustement structurels de la Banque Mondiale et du FMI sont de plus en plus contestés.

⁸³ Sur l'exemple d'Eurodisney en France : L. Boy, L'arbitrabilité des litiges internationaux concernant les personnes morales de droit public en droit français, *RIDE* 1992, n) 2, p. 99 ; Art. 9 de la loi du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales ; M. de Boissésou, *Rev. de l'arbitrage*, 1987, p. 3.

⁸⁴ Les pays en développement et surtout les PMA n'ont pas les capacités économiques pour conduire le développement du pays.

⁸⁵ D. Linotte « Un cadre juridique désormais sécurisé pour les contrats de partenariat », *AJDA*, n° 1/2005, 10 janvier 2005.

⁸⁶ P. Nihoul et M. Dupont, Les contrats de partenariat entre secteur public et secteur privé en Belgique, *PUBL*, mai 2006.

privée⁸⁷, du point de vue qui nous intéresse, l'avantage essentiel est procédural. Il permet le choix d'un contrat de partenariat qui résulte de l'étude préalable obligatoire qui l'a justifié et qui aboutit à comparer cette formule de projet aux formules d'achats plus classiques (Marchés publics, délégations de service public lorsque l'objet du marché le permet, etc.). Les tenants et aboutissants sont, en principe⁸⁸, faits à partir du choix « éclairé » des pouvoirs publics doivent être pleinement justifiés et deviendront pour les partenaires du projet un étalon de la performance à démontrer sur le moyen et le long termes. On vise par là la qualité et le niveau du service attendu, par exemple, les exigences de maintenance ou les économies en matière d'économie d'énergie,... C'est dire que les pouvoirs publics peuvent inclure en principe sans difficulté des exigences en matière environnementale⁸⁹, voire sociale, même si cela semble plus délicat pour ces dernières. L'article 2 de 2008 de la loi impose, pour sa part, la réalisation d'une évaluation préalable aux contrats de partenariat, laquelle sera désormais réalisée avec le concours de l'un des organismes experts créés par décret. En France, cette évaluation doit faire apparaître précisément les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à engager la procédure de passation d'un tel contrat. Chaque organisme expert doit élaborer, dans son domaine de compétences, une méthodologie déterminant les critères d'élaboration de cette évaluation dans certaines conditions prédéfinies. « Cette évaluation comporte une analyse comparative de différentes options, notamment en termes de coût global hors taxes, de partage des risques et de performance, ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable ». Lorsqu'il s'agit de faire face à une situation imprévisible, cette évaluation pourra être succincte. Le caractère dérogatoire au droit de la commande publique de cet instrument constitue de ce point de vue une différence de taille au regard de l'ordonnance de 2004. Faute de justifier pleinement l'urgence, les pouvoirs publics ne peuvent recourir au contrat de partenariat.

Reste cependant toujours la possibilité de recourir au PPP de l'ordonnance de 2004 mais qui offre moins de certitude quant à la possibilité de faire référence à des critères sociaux. Il semble cependant que même la formule générale permette une prise en compte de ceux-ci plus aisément que l'interprétation de la formule classique du marché public, la plus souple à cet égard semblant être celle du contrat de partenariat français qui peut constituer un exemple pour les pays africains désireux de développement durable.

B. L'intégration de critères non marchands dans les contrats publics globaux.

La difficulté principale à l'intégration de critères non marchands dans les offres de marchés concerne principalement le critère social pourtant déterminant pour les pays africains⁹⁰. En effet, malgré des interprétations divergentes, il semble que la doctrine et la jurisprudence communautaire et française soient favorables à l'inclusion de critères environnementaux dans le cadre de la passation des marchés publics, sous réserve que ces conditions ne soient pas discriminatoires. Les autorités communautaires et la jurisprudence française sont, en revanche, beaucoup plus hostiles au mieux disant social.

- L'inclusion possible du mieux-disant social ?

⁸⁷ Rappelons le danger mentionné, au contraire, d'une mauvaise lisibilité des déficits publics.

⁸⁸ C'est là qu'il y a un risque évident de dépendance à l'égard des pouvoirs privés économiques. Le noms des entreprises choisies est révélateur du poids de ces dernières (Effiage, Bouygues, etc.).

⁸⁹ La région Picardie a créé une société d'investissement (SCR) en capacité d'« intervenir en capital dans des projets énergétiques structurants pour l'industrie picarde et source de création d'emplois ».

⁹⁰ S. Fratacci, Le critère du mieux-disant social et l'attribution des marchés publics, *RFDA* 1997, p. 73, P. Loquet, L'utilisation de la clause de mieux-disant social dans les marchés publics : une simple affaire de volonté politique et d'ingénierie sociale, *Dr. Social* 1999, p. 759 ; L. Dubin, Le mieux disant social, une vieille idée à l'épreuve du droit communautaire, *AJDA* 2002, p. 493.

La première réserve tient au lien avec l'objet du contrat dont on a vu qu'il était interprété, hélas, souvent de façon trop formelle. L'analyse en termes substantiels de l'objet global du marché et de ses bénéficiaires permettrait une meilleure contribution des marchés publics à la protection de l'environnement et du social. La seconde réserve est liée à la question de la hiérarchisation ou de la pondération des critères. Cette pondération permet évidemment de placer les facteurs environnementaux en tête de liste⁹¹, « ce qui est incontestablement un facteur de sensibilisation et de responsabilisation des acheteurs publics en matière de protection de l'environnement »⁹², la limite étant qu'elle ne dissimule une discrimination et ne suscite la crainte de contentieux de la part des acheteurs publics⁹³. Les choses sont très délicates avec le mieux disant social. En effet, à chaque fois qu'il a été invoqué, il a été sanctionné par le juge administratif français⁹⁴ qui l'a estimé sans lien avec l'objet du contrat ou même ses conditions d'exécution. La jurisprudence communautaire n'est guère plus accueillante. Le critère social, tiré par exemple de la lutte contre le chômage ou de l'insertion professionnelle, ne doit pas avoir pour effet de favoriser les entreprises nationales ou locales au détriment des autres Etats-membres afin de ne pas constituer une discrimination⁹⁵.

Le critère social serait-il donc discriminatoire en tant que tel ? C'est ce que pense une partie de la doctrine. On doit pourtant faire observer que la Cour de justice n'a pas expressément édicté une telle condamnation même si elle est sceptique quant à la condition de non discrimination. On ne peut *a priori* systématiquement dire qu'en soit le critère social est discriminatoire. Le caractère discriminatoire ou non de ce critère devrait se faire *in concreto* en fonction des circonstances de l'espèce. La probabilité qu'un tel critère ne soit discriminatoire résulte de la faiblesse du droit communautaire qui, s'il est accroché à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation, ne comporte pas véritablement de volet social⁹⁶. Reste que pour éviter toute condamnation, les acheteurs publics peuvent parfaitement recourir au critère social, non dans les conditions de l'appel d'offres, mais dans celles d'exécution du marché, ce qui doit leur permettre de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse⁹⁷. Cette démarche, qui consiste à détacher le critère social de tout lien avec les conditions d'attribution de l'offre pour le lier à l'exécution du marché, est certes favorable à ce dernier⁹⁸. Elle nous semble bien complexe et artificielle tant il est difficile de séparer dans la pratique de séparer ces deux conditions.

- Le droit français.

Sur ce point, le droit français et le droit communautaire semblent désormais en opposition. Ainsi, en France, l'article 58 de la Loi de programmation sociale du 18 janvier 2005 a modifié l'alinéa II de l'article 53 de la façon suivante : « après les mots : 'en matière de protection de l'environnement', sont insérés les mots : 'ses performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté' ». Pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse, les personnes publiques pourront donc désormais explicitement

⁹¹ CJCE, 4 décembre 2003, précité, notre Th. Glizzio.

⁹² M. P. Lavoillote précitée, p. 2084.

⁹³ M. Guibal, Nouveaux risques ? *Contrats publics* février 2004, n° 30, p. 10.

⁹⁴ TA Strasbourg 30 novembre 1999, *AJDA* 2000, p. 459, concl. P. Devillers (critère d'insertion professionnelle); CE 25 juillet 2001, *AJDA* 2002, p. 46, concl. D. Piveteau (propositions en matière de création d'emplois et d'insertion à la formation).

⁹⁵ CJCE 20 septembre 2000, *Commission c/ France*, *Rec. P. I-7445*, concl. S. Alber, *AJDA* 2000, p. 1055, note, C. Lambert.

⁹⁶ Sur l'absence d'une véritable référence sociale dans les Traités européens : Ch. Joerges, La Constitution économique européenne en processus et en procès, *RIDE* 2006, n° 3, p. 245 ; E. Dockès, chronique précitée.

⁹⁷ H. Pongérard-Payet précitée, p. 640, P. Reis, op. cit., p. 165.

⁹⁸ CJCE 28 septembre 1988, *Beentjes*, *Aff. 31/87*, *Rec. P. 4635*.

introduire un critère (pondéré bien sûr) d'insertion professionnelle des chômeurs de longue durée ou des personnes handicapées. Si ce critère doit être lié à l'objet du marché, plus besoin cependant pour la personne publique de démontrer qu'il est « justifié par celui-ci ». Il est possible, sans conteste, d'utiliser ce critère pour l'attribution de marchés de nettoyage, de gardiennage, d'entretien d'espaces verts.

En outre, dans un communiqué paru le 16 août 2006⁹⁹, le ministère de l'écologie a fait savoir qu'avec le nouveau code des marchés publics entré en vigueur le 1er septembre 2006, l'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics peuvent désormais intégrer des critères à caractère social ou environnemental¹⁰⁰ pour choisir un prestataire. L'article 14 du nouveau code des marchés publics ouvre incontestablement la possibilité de prendre en compte dans les achats la « protection de l'environnement » et le « progrès social ». Ces critères sociaux et environnementaux peuvent ainsi être mentionnés à tous les stades de réalisation du marché (définition des besoins, exécution du marché...). Soulignons également que la loi du 17 février 2009 permet lors de l'attribution d'un contrat de partenariat, à la collectivité, à l'Etat ou un établissement public de l'Etat, de prendre en compte des objectifs de performance en matière de développement durable dans les offres, mais aussi de favoriser certaines catégories de PME (discrimination positive). Cette condition permet de viser de petites entreprises qui *de facto* peuvent favoriser l'emploi local.

- Le refus communautaire.

Pourtant, dans un arrêt du 3 avril 2008, la Cour de justice des Communautés européennes s'est à nouveau opposée à l'utilisation d'un critère de sélection des candidats fondé sur le niveau de rémunération des salariés¹⁰¹. La loi sur la passation des marchés publics de plus de 10.000 euros du Land de Basse-Saxe, Allemagne, rendait contraignante pour les entreprises une convention collective prévoyant le taux de salaire applicable. Le pouvoir adjudicateur ne devait sélectionner que les entreprises qui s'engageaient par écrit à verser à leurs salariés au minimum la rémunération prévue dans cette convention collective. Les sous-traitants de l'entreprise titulaire du marché étaient soumis aux mêmes obligations. Dans le cadre d'un marché de travaux, le versement d'un salaire inférieur aux travailleurs détachés d'une entreprise établie en Pologne avait ainsi entraîné la résiliation du contrat entre le Land et l'entreprise. Répondant à la question préjudicielle posée par une juridiction allemande, la Cour s'appuie sur la directive 96/71 relative au détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services. Cette dernière impose des règles impératives de protection minimale des travailleurs détachés en Allemagne, définies notamment par la législation nationale. Or, la Cour constate que la convention collective allait au-delà du niveau de protection garanti aux travailleurs détachés en vertu de la directive. De plus, elle estime que son champ d'application, limité aux marchés publics, était trop restreint pour qu'une telle mesure puisse être justifiée par l'objectif de protection des travailleurs. La Cour de Justice des Communautés européennes a ainsi jugé que la mesure allait à l'encontre de l'une des libertés fondamentales garanties par le traité, la libre prestation des services¹⁰². Cette conception de la libre prestation des services nous semble contestable. Nous espérons que recours à la notion de contrat global puisse lever les difficultés et permettre d'introduire le mieux disant social même dans les contrats dont les liens avec l'emploi sont plus distendus. En effet, par objet du contrat global, on doit entendre l'ensemble de la politique, y compris en matière de

⁹⁹ [<http://www.vie-publique.fr/actualite/alaune/achats-publics-nouveaux-criteres-pris-compte.html>]

¹⁰⁰ Des exigences en matière d'éco-labels peuvent, par exemple, être formulées.

¹⁰¹ CJCE, 3 avril 2008, Dirk Rüffert c/Land Niedersachsen, affaire C-346/06.

¹⁰² Selon la Cour, une charge économique supplémentaire imposée aux prestataires est susceptible de prohiber, de gêner ou de rendre moins attrayante l'exécution de leurs prestations dans un Etat membre d'accueil.

développement durable, menée par les pouvoirs adjudicateurs à la seule condition qu'elle n'introduise pas véritablement de discrimination. Celle qui résulte à l'heure actuelle non du droit des marchés publics mais du droit social devrait être considérée comme totalement étrangère à l'appel d'offres et ne pas devoir pouvoir être sanctionnée dans le cadre du droit des marchés publics. Sauf à tronquer la notion de développement durable de sa dimension sociale¹⁰³, ce qui serait totalement contraire à son esprit, une discrimination entre critères environnementaux et sociaux nous semble contestable. Signalons que la circulaire sur les marchés publics de l'UEMAO et les projets de réformes du droit des marchés dans le droit de l'OHADA¹⁰⁴ font référence au développement durable. Si beaucoup reste à faire en Europe, on peut espérer qu'une fois de plus, l'Afrique saura, comme elle l'a déjà souvent fait¹⁰⁵, brûler les étapes et intégrer rapidement le développement durable dans le droit des marchés publics.

¹⁰³ La définition donnée par le rapport Brüntland et reprise lors du sommet de Rio (CNUED), en juin 1992 est la suivante : « *un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs* ». Le développement durable renvoie aux notions de « durabilité » environnementale, économique et sociale.

¹⁰⁴ Côte d'Ivoire et Sénégal notamment.

¹⁰⁵ On pense à la régulation des télécommunications et à celle de l'énergie. Voir le « DEA de la régulation » du professeur A. Sakho, Université Cheikh Anta Diop, Dakar, Sénégal.